

Os Contratos e os Vícios de Consentimento

HUMBERTO THEODORO JUNIOR

Desembargador do TJ/MG

1. Os defeitos do negócio jurídico. Inovações

O tema proposto envolve o novo Código Civil e, portanto, é da maior atualidade e do maior interesse de todos que convivem com o Direito. Vamos tratar dos defeitos do contrato, como negócio jurídico que é. Aliás, uma das novidades do Código é justamente ter colocado o negócio jurídico antes do ato jurídico, e, portanto, ter focado esses defeitos como mais típicos dos contratos e dos negócios jurídicos do que, propriamente, dos atos jurídicos *stricto sensu*, que são menos numerosos e menos suscetíveis desse tipo de padecimento ou dessa patologia, como disse Trabucchi.

O que houve de evolução no campo dos defeitos dos negócios jurídicos? O novo Código Civil introduziu duas figuras novas de vícios de consentimento - a lesão e o estado de perigo - e retirou do âmbito dos defeitos do negócio jurídico a simulação, acompanhando os códigos mais modernos, para colocá-la entre os casos de nulidade e não de anulabilidade. Mantive as figuras tradicionais herdadas do Código de 1916: o erro, o dolo, a coação e a fraude contra credores.

2. A fraude contra credores

Faremos, então, a primeira censura ao novo Código. Andou muito bem no que concerne às novidades introduzidas e no deslocamento da simulação, mas andou mal quando manteve no campo dos defeitos do negócio jurídico a fraude contra credores, pois toda a literatura do século XX e do Direito Comparado, todos os Códigos novos, cuidam da fraude

de contra credores como ineficácia do negócio e não como defeito, porque se o defeito está na formação do ato (e isso é o defeito, um ato mal formado), na fraude contra credores não há defeito algum, pois exatamente o que querem os sujeitos da fraude é cometê-la, através de um ato perfeito, sem defeito nos elementos essenciais e nos requisitos de validade.

Como se explica essa postura de Beviláqua? Foi ele quem colocou a fraude contra credores no Código de 1916 entre os casos de anulabilidade seguindo a teoria de Teixeira de Freitas, formulada anteriormente, no Esboço. Na época, era razoável que assim se tratasse a matéria, porque a teoria da ineficácia não estava ainda sistematizada suficientemente, embora Windscheid, entre os pandectistas, já falasse nela. Entretanto, a doutrina civilista geral, na Europa, não conhecia o instituto da ineficácia como algo diferente da anulabilidade. Toda vez, então, que se tentava tirar efeito de um negócio jurídico ou se caminhava para a nulidade, quando a privação de efeitos era total, ou para a anulabilidade, quando se queria criar uma impugnabilidade. Por isso a fraude, que não era caso de nulidade, foi aproximada das anulabilidades, propriamente ditas. Surgiu, então, um terreno promíscuo entre vícios de consentimento e vícios outros de efeitos e não de formação.

Clóvis Beviláqua, que era muito inteligente, sentiu a impropriedade disso e então criou uma terminologia própria para a simulação e a fraude. Como não podiam ser qualificados como vícios de consentimentos, seriam vícios sociais, vícios de efeitos. Sendo assim, os defei-

Palestra proferida no Seminário realizado em 19.04.2002.

tos, no Código de 1916, eram agrupados em dois segmentos: os vícios de consentimento e os vícios sociais, ou de efeitos.

O próprio Código de 1916, entretanto, não conseguiu assimilar as coisas totalmente, pois era impossível tratar homogeneamente o que era substancialmente diverso. Depois de criar a teoria da anulabilidade, cujo ponto final era o artigo 158, que dizia que, reconhecida ou declarada a anulação, as partes serão reconduzidas ao estado anterior, concluía que nulidade e anulabilidade eram efeitos, a mesma coisa, distinguindo-se apenas quanto ao processo de se alcançar a ineficácia. Mas, no final, quando se chega à anulação, o efeito é o mesmo da nulidade: retira-se do mundo jurídico o ato defeituoso, recompondo-se o que existia anteriormente a ele, e as partes fazem, entre si, as reposições, se é que houve prestação e contraprestação. A diferença entre a nulidade e a anulabilidade estava em reclamar a iniciativa do interessado para anular e não reclamar essa iniciativa, dando poderes **ex officio** ao juiz, quando se trata então de decretar a nulidade.

Esse sistema se adaptaria à fraude? Mesmo o Código Civil de 1916 responde negativamente, pois quando acaba de descrever o que é a revocatória (arts. 106 e 107), vem um artigo diferente daquele que está na teoria geral do código, da anulabilidade (art. 158), e diz que o benefício do ato anulado por fraude não reverte para as partes, mas para terceiros que sequer eram sujeitos da relação obrigacional impugnada (art. 113).

Então, o efeito da fraude, sem utilizar o rótulo de ineficácia, era a ineficácia, cientificamente, pois não se submetia ao regime da anulabilidade, substancialmente. O efeito da fraude era permitir que a responsabilidade executiva, em favor dos credores lesados, atingisse o bem já no patrimônio do adquirente, porque esse bem não seria devolvido ao devedor, pois, se isso acontecesse, teria também que se devolver o preço. Para seguir a teoria da nulidade

ou anulabilidade a fraude seria inócua e não teria sentido. Haveria que voltar ao estado anterior e repor o pagamento feito pelo terceiro comprador. Os credores receberiam o bem de volta, mas teriam que repor o preço para o adquirente.

3. A ineficácia relativa

Depois que o Código de 1916 cometeu a impropriedade de rotular de anulabilidade um caso que era de inoponibilidade (ineficácia), leis posteriores, no Brasil, vieram tratar a fraude no seu terreno adequado. Assim ocorreu com o Código de Processo Civil de 1939, que regulou a fraude de execução, e com a Lei de Falências, de 1945, que regulou a ação revocatória, dando-lhe a estrutura de ineficácia, sem falar em anulabilidade porque nessa altura já estava sistematizada a teoria da ineficácia e os códigos europeus mais modernos já a utilizavam, como o italiano e o português.

Como se separam tecnicamente os tipos de defeitos, denominados por Trabucchi como patologia, doença do negócio? Essa classificação, que é científica e não tem nada a ver com a lei, leva em conta aquilo que Pontes de Miranda denominava de planos. O negócio jurídico não se realiza de uma vez, mas em planos, ou seja, passa por degraus até chegar à plenitude da sua eficácia.

Em primeiro lugar, devemos conceituar negócio jurídico. Trata-se de uma declaração de vontade com eficácia jurídica, ou seja, é a vontade produzindo efeitos jurídicos, a vontade harmonizada com o ordenamento jurídico para produzir uma criação, extinção, modificação ou extinção de relação jurídica. Então, o cerne, o elemento essencial do negócio jurídico é a declaração de vontade.

Para se saber se houve o negócio jurídico, basta saber se houve vontade, declaração, pois a vontade enquanto oculta, pertencente ao íntimo da pessoa, não produz efeitos jurídicos. Esse plano material chama-se de plano da existência, plano do ser. Para se pensar em

negócio jurídico temos que partir de um fato: a declaração de vontade.

Depois da declaração de vontade, temos que pensar no plano da validade, o segundo degrau. É o plano onde se examina quais são os requisitos legais para que uma declaração de vontade, simples fato, torne-se negócio jurídico. Entraremos no plano, denominado por Pontes de Miranda, de plano da validade, que consiste em tomar um fato, a vontade declarada, e verificar se esta vontade tem aptidão, segundo as regras do Direito, para produzir o efeito desejado pelo declarante. Ainda aí não é preciso que esteja produzido o efeito, mas é mister que a vontade esteja em termos de produzir o efeito, tenha aptidão ou idoneidade para produzir os efeitos.

O ato válido não produz, necessariamente, efeitos. A vida concreta nos dá exemplos, a todo o momento, de atos válidos que somente produzem efeitos anos depois ou que jamais chegam a produzi-los. No entanto o ato é válido, ou seja, no plano da validade aquele ato tinha aptidão, idoneidade para produzir efeitos.

O exemplo mais simples é o do testamento. Uma pessoa, em plena consciência, em pleno exercício de suas faculdades, utiliza o método do Código Civil para formular a sua última vontade, o desejo de regular a transmissão de seus bens pela sucessão. O testamento não produz efeito imediato algum. Entretanto, não se poderá dizer que o ato é nulo ou anulável pelo simples fato de não estar produzindo efeitos. Trata-se de uma realidade jurídica com plena aptidão para produzir, quando for a oportunidade, o efeito que o declarante tem em sua intenção.

Entretanto, se este mesmo testamento não observar as exigências, os requisitos do Código Civil para valer como tal, ele será nulo, imediatamente, antes de chegar o momento da eficácia. Portanto, a validade está em um plano, a existência em outro e, o último plano, é o da eficácia (o plano em que o ato existe, é válido e vai produzir o resultado ju-

rídico desejado pelo agente). É nesse momento que a Ciência do Direito, do século XIX para o XX, descobriu uma categoria que Beviláqua e Teixeira de Freitas não conheciam – a categoria dos atos apenas ineficazes: atos existentes, válidos, mas que não tinham aptidão nem condição de produzir todo o efeito desejado. Não é que o ato não produza efeito, pois o ato ineficaz produz efeitos que as partes querem, mas no reflexo, principalmente perante terceiros, esse ato é ineficaz. Não se trata de nulidade ou de anulabilidade, mas de ato sem efeito.

Vejamos outra hipótese em que atos válidos, poderiam não ter eficácia na sistematização do próprio Código: qualquer contrato por instrumento particular que não fosse levado a registro de títulos e documentos valeria entre as partes, mas não poderia ser oposto a terceiros. É um caso típico de ineficácia. O artigo 848 do Código de Beviláqua dispõe que a hipoteca não escrita somente vale entre as partes, não produzindo efeitos **erga omnes**. Trata-se de outra hipótese de ineficácia. Assim construiu-se no terceiro plano, o da eficácia, a teoria da inoponibilidade ou da ineficácia relativa. Esse tipo de negócio é aquele que vale perfeitamente entre as partes, que produz todos os efeitos entre os contratantes (alienante e adquirente), mas que não prejudica terceiros.

Outro exemplo prático da ineficácia relativa ou inoponibilidade é o referente ao contrato de locação. Caso se registre tal contrato, o comprador do imóvel é obrigado a manter a locação até o fim. Portanto, o efeito do contrato de locação, pela lei, está programado para atingir o terceiro adquirente. Entretanto, se o locatário não cuida de registrar o contrato, o comprador do imóvel locado poderá, no dia seguinte à aquisição, interpor uma notificação dizendo que a relação **ex locata** não o obriga, mas somente ao antigo proprietário, demonstrando a intenção de retomar o imóvel. Vejam que o contrato valeu perfeitamente entre as partes, mas quando ingressou na esfera jurídica do novo adquirente

do imóvel o contrato perdeu eficácia. Não se trata de contrato nulo ou anulável, mas tão-somente de contrato que perdeu a sua eficácia.

É justamente o que ocorre com a fraude a credores. O negócio prejudicial à garantia dos credores quirografários não tem defeito algum no que diz respeito ao alienante e ao adquirente. Trata-se de um ato jurídico perfeito, válido e eficaz na esfera dos contratantes. Entretanto, se for prejudicial aos terceiros credores, se forem atendidos os requisitos que definem o que é a fraude contra credores, esses terceiros têm o direito de ignorar o ato somente para o efeito de exercer o único direito que qualquer credor tem, o de penhorar o objeto que representa a garantia patrimonial, ou seja, fazer valer a responsabilidade patrimonial acionável depois que há o inadimplemento.

Essa tese, ficou clara no Direito positivo brasileiro com a Lei de Falências e com o Código de Processo Civil de 1939 (na fraude à execução e na ação revocatória falencial), que Yussef Said Cahali demonstra serem variantes de um só fenômeno, pois a fraude é uma só, ela é sempre a fraude contra credor, pouco importa se foi praticada dentro da execução, antes dela ou se foi praticada por um falido contra os credores. Sempre o fenômeno é um só: o desfalque da garantia patrimonial com que contavam os credores para exercer a sanção do inadimplemento. Se é ineficácia para a Lei de Falência e para o Código de Processo Civil, por que não o seria para o Código Civil?

4. A rejeição da ineficácia relativa pelo novo Código Civil

Durante a tramitação do novo Código, várias sugestões foram feitas no sentido de rever a questão da fraude a credores, inclusive pela nossa Escola (a UFMG). Escrevi uma proposta de emenda, quando a Universidade de Minas Gerais foi convocada a dar suas sugestões. Entretanto, a Comissão Revisora, atra-

vés do Ministro Moreira Alves, rejeitou todas as emendas nesse sentido, afirmando que o Código não utilizava o sistema tricotômico de nulidade, anulabilidade e ineficácia, e que seria necessário modificar a estrutura do Código para introduzir a figura da ineficácia. Afirmou, ainda, que existiam duas correntes no mundo jurídico atual: uma defendendo a anulabilidade e outra, a ineficácia, no caso da fraude e que, portanto, como o sistema da anulabilidade que já estava consagrado pelo Código de 1916, estava dando certo, não seria necessário alterá-lo. Essa foi a expressão constante no parecer que recusou as emendas.

Ora, há várias impropriedades nessa posição. Em primeiro lugar, não existem duas correntes; existiram duas correntes que se manifestaram ao longo do tempo. Quando se descobriu a ineficácia, todos os doutrinadores e cientistas foram se encaminhando para esse entendimento e os códigos novos foram adaptados. O próprio legislador brasileiro optou na Lei de Falências e no CPC de 1939 pela ineficácia e não mais pela anulabilidade. Não é porque o legislador queira manter um sistema, que ele muda a natureza da coisa. Ele não tem esse poder. A natureza da coisa nasce do ser, é o próprio ser que tem aquela natureza. O legislador pode até fazer o absurdo de manter um instituto com a natureza antiga, não utilizada, mas deverá ter a coragem de adotar a natureza diversa.

No caso, o legislador quer que o instituto seja considerado como anulabilidade. Deveria, então, obrigar a devolver os bens negociados ao vendedor, teria que voltar os bens para o insolvente para depois, então, exercer a penhora, já no patrimônio do devedor. Entretanto, para fazer isso, o legislador também teria que, para não violar a natureza da coisa, obrigar aquele que irá receber o bem a devolver o preço dele, para que as partes ficassem exatamente como ocorre no negócio anulável. Contudo, não é isso que o legislador faz. Ele diz que

quer tratar a fraude como anulabilidade, mas está dando um efeito a essa anulabilidade que não é de anulabilidade. Há, então, um erro técnico que não pode ser aceito por nenhum cientista, porque na hora em que se ler a lei, o cientista dirá “O legislador não sabe o que é anulabilidade”. Existe um erro de rótulo, de palavra e, por essa razão, os cientistas afirmam que esse fenômeno é de ineficácia por tais e tais motivos. O legislador não tem poder divino de mudar a natureza das coisas.

Isso foi descoberto antes do Código novo, por Yussef Said Cahali, Candido Dinamarco e vários outros autores que escreveram nos últimos quinze anos sobre fraude a credores. Isso foi identificado pelo STJ que possui vários acórdãos decidindo a ação pauliana em termos de ineficácia e não de anulabilidade. Os doutrinadores chegaram a essa conclusão porque havia uma consequência para a qual os juízes não atentavam: a do tratamento diverso dado à fraude, mesmo no Código de 1916, pois quando se decretava procedente uma ação pauliana, muitas vezes determinava-se, imediatamente, a expedição de um mandado de cancelamento do registro de propriedade, porque isto seria o efeito natural da anulação; o que é um absurdo, diante da revocatória, uma vez que o que o Código queria era que houvesse a penhora, que o benefício se fizesse manifestar no acervo sobre o qual se exercitará o concurso dos credores interessados e não em favor do patrimônio do devedor fraudulento.

A colocação das coisas em termos técnicos e científicos visa a evitar que essas impropriedades e a insegurança jurídica continuem a ocorrer, pois mesmo o Código repetindo agora o entendimento de que é caso de anulabilidade, a doutrina, que já está consciente de que não se trata de hipótese de anulabilidade, continuará afirmando que o Código está errado, que o caso é de ineficácia. Contudo, os juízes (e nem todos estão preparados cientificamente para fazer esta distinção) serão induzi-

dos, muitas vezes, pelo próprio código, a cometer injustiças e a produzir efeitos não desejados pelo legislador, como este de cancelar uma propriedade no registro imobiliário de alguém que pode nem sequer ter que responder pela dívida. Como a ineficácia não anula o negócio jurídico, se a dívida que serviu de base para a ação pauliana extinguir-se, nada acontecerá para o réu desta ação, porque o imóvel continuará em nome dele. Ele não precisará pagar, pois a dívida já prescreveu, já foi compensada, mas no entanto a ação pauliana existe. Entretanto, se for aplicada cientificamente a teoria da ineficácia, este adquirente, mesmo tendo perdido a ação pauliana, não terá prejuízos porque não terá que ver mais o seu bem sujeito à penhora em razão do desaparecimento da dívida e do título. Se seguirmos a linha da anulabilidade, o efeito imediato seria o da expedição de mandado visando ao cancelamento do título no registro imobiliário.

Se a dívida que motivou a ação extinguiu-se, foi paga, sofreu remição ou qualquer outra modalidade extintiva, surgiram bens próprios para o devedor (que recebeu uma herança, por exemplo), por que permanecerá o efeito da ação pauliana como anulatória sacrificando o patrimônio de uma pessoa que não deve, pela técnica e pela ciência, responder pela dívida alheia? Essa censura não é feita por mero capricho, mas porque o legislador foi advertido em tempo hábil para que o texto fosse alterado, o que só não ocorreu por teimosia, contra a maré da ciência e da própria legislação brasileira, que já tinha descoberto o caminho correto para refrear os efeitos indesejáveis da fraude.

5. Inovações positivas do Código em matéria de direitos do negócio jurídico

Veremos, agora, os aspectos positivos no novo Código Civil. Nos vícios de consentimento, houve uma mudança ideológica que a primeira leitura às vezes não revela. Entretanto, ao fazer uma leitura sistemática, chegaremos à con-

clusão de que na passagem do Código de 1916 para o de 2002, o direito brasileiro mudou de sistema no tratamento do vício de consentimento.

Em que consistiu essa mudança? Temos que lembrar que a teoria da declaração de vontade, que é a matéria-prima com a qual trabalha a doutrina em torno dos vícios de consentimento, passou de Savigny até o século XX por muitas vicissitudes. Ao tempo de Savigny, que foi, sem dúvida, o maior sistematizador do Direito Privado dos tempos modernos, prevalecia a denominada Teoria da Vontade. A fonte do negócio jurídico e da sua eficácia estava na vontade, de forma que se esta tivesse defeito, a consequência seria a inexistência do ato jurídico, que é aproximadamente a idéia romana: o ato de vontade deve ser perfeito para produzir eficácia jurídica, porque o negócio jurídico não é senão a projeção da vontade.

Essa teoria nunca chegou a ser aplicada em toda a sua extensão, pois, se assim o fosse, o volume de anulações e de invalidades seria absurdo. Então, existiu apenas como um ponto de vista filosófico, no sentido de que o ato jurídico não poderia estar em contrariedade com a vontade do declarante. Os próprios defensores, como Savigny, logo ressaltaram exceções e que atendiam às exigências da vida prática, não permitindo uma anulação a esmo ou desbragada.

Para tentar criar uma nova concepção dos defeitos do negócio jurídico, surgiu a teoria oposta, baseada, por exemplo, no pensamento de Saleilles, em que o ato jurídico não estaria na vontade. A fonte da vontade não seria a raiz da eficácia. A gênese, a semente da eficácia estaria na declaração, pois o ato jurídico não seria um ato de vontade, mas ato de vontade declarada. É a partir da declaração que se começa a pensar em efeitos. A explicação é que a sociedade não pode se preocupar com o mundo íntimo das pessoas, em que a invasão é impossível, na maioria das vezes, e portanto inacessível ao intérprete. Ocorre que tal

teoria era exagerada. Entre as duas, uma ia ao extremo de valorizar somente a vontade e a outra ao extremo, também, por ignorar a vontade e somente valorizar a declaração. Da mesma forma que isso seria absurdo, os defensores da corrente de Saleilles, logo também colocaram as exceções, dizendo que a declaração poderia se invalidar por vícios como erro, dolo, coação. As duas teorias eram diferentes na explicação filosófica, mas eram iguais na conclusão prática.

Na tentativa de explicar esse contraste ou essa impotência das duas teorias originárias para explicar o fenômeno, surgiu a teoria da responsabilidade. Então, só se deveria desprezar a declaração de vontade, quando o seu defeito não proviesse de culpa do declarante. Toda vez que o declarante tivesse culpa pelo erro, pelo resultado impróprio da sua declaração de vontade, permaneceria a validade da declaração em nome da segurança jurídica, da boa-fé, da lealdade, da expectativa que a declaração de vontade criou no meio social. Para se invalidar o ato, de acordo com a teoria da responsabilidade, era preciso não ter havido culpa. Haveria, então, boa-fé daquele que errou, daquele que declarou equivocadamente a vontade e, no jogo de interesses, prestigiar-se-ia essa vontade defeituosa, desfazendo-se o ato desconforme à intenção verdadeira do agente.

Esse não foi o grau final a que se chegou. No Código de 1916, era aproximadamente isso o que prevalecia. Sem texto expresso, formou-se uma jurisprudência larga em torno do erro, entendendo-se que este além de substancial deveria ser inescusável, porque se fosse escusável haveria culpa e, logo, quem deveria responder pela culpa era quem errou, já que não cuidara de evitar o resultado danoso contido na declaração de vontade.

Essa não é a posição do novo Código Civil, em que no erro, no dolo e na coação foi prestigiada totalmente a boa-fé, mas não a boa-fé do que erra, do que sofre a coação, mas a do terceiro que

contratou, confiante em que o agente queria realmente aquilo que fora declarado. Verificamos que, na atual definição de erro, foi acrescentado àquilo que estava na redação do código primitivo um adendo, que consiste em afirmar que o erro é causa de anulabilidade quando tenha sido causa substancial da declaração negocial e quando poderia ser conhecido do outro contratante. Essa é a Teoria da Confiança, em que não se pode analisar apenas um dos sujeitos do negócio jurídico, para concluir pela sua anulabilidade, mas deve-se levar em conta o que se passou na esfera dos dois sujeitos. Isso decorre de um aspecto hoje predominante no negócio jurídico - a função social do contrato, a defesa da boa-fé objetiva e não apenas a subjetiva.

O que importa é saber o impacto do negócio jurídico no meio social; é verificar como o negócio deve ser recepcionado pelo meio social; se este se sentirá seguro ou não com aquele tipo de anulação antiga, tradicional. O novo Código passou a adotar o sistema dos códigos português, italiano, de Québec, os mais modernos do século XX. Isso surgiu, e estendeu-se em cascata no tratamento legislativo de todos os defeitos do negócio jurídico.

O Código de 1916 já fazia uma concessão no que concerne ao dolo: quando este era de terceiro, o contratante, que não sabia do dolo, ficava beneficiado pela boa-fé. Já se adotava, então, a Teoria da Confiança. Contudo, quando se chegava à coação, considerava-se tão grave o ataque à vontade, à liberdade de contratar, que mesmo se o co-contratante ignorasse a coação de terceiro, o ato era anulável.

O novo Código não age mais dessa forma. A coação, sendo de terceiro, somente invalidará o ato se o co-contratante tiver conhecimento ou pudesse ter conhecimento da pressão externa sofrida pelo outro contratante.

Vejam que todas as figuras estão harmonizadas com a Teoria da Confiança. Não se pode basear somente no dolo ou na coação ou no erro para se invalidar. Todas as figuras dependem também de uma participação e de uma culpa, de

uma falha do outro contratante que poderia evitar o contrato em erro ou sob dolo ou sob coação.

Então, pela conjugação da formação defeituosa da vontade e pelo aproveitamento culposo desse defeito pelo terceiro, que não evitou a consumação do ato indesejável, é desse conjunto que se quebra o sistema da eficácia natural da declaração de vontade. Se não houver essa quebra dos dois lados da declaração de vontade, o ato jurídico ou o negócio jurídico valerá pela declaração em si, por aquilo que a declaração exteriorizou no mundo das relações jurídicas e foi captado pela sociedade. Vejam que se trata de uma mudança ideológica profunda, que deve ser meditada, para não se voltar a jurisprudências antigas como a da escusabilidade ou inescusabilidade. Não há mais sentido em posições desse tipo. O Código, na fase de discussão parlamentar, tinha um parágrafo que tratava da inescusabilidade, que foi retirado do texto para que vigorasse exatamente a Teoria da Confiança e não mais a antiga Teoria da Responsabilidade.

6. A teoria da confiança e a teoria da anulabilidade em geral

Esse tema terá uma repercussão, que o Código não captou bem, mas que o intérprete deverá fazê-lo, que está na eficácia do ato anulável. O novo Código simplesmente repetiu o texto do artigo 158 do Código Civil de 1916: anulado o ato, desfazem-se os seus efeitos e as partes voltam ao estado anterior. Mas, e se o contratante, que será beneficiado pela anulabilidade, se deparar com o bem jurídico já na posse de um terceiro de boa-fé, vamos continuar aplicando a teoria da responsabilidade ou teremos de observar a teoria da declaração de vontade? Parece-me que temos que rever esse artigo também para dizer que a reposição do **status quo ante**, por anulação, somente será possível se não prejudicar terceiros de boa-fé. É o que já está expresso nos Códigos italiano, português, argentino e no de

Québec. O Código argentino, muito mais antigo do que o nosso, quando percebeu a evolução da teoria da nulidade, há mais de dez anos, passou por uma reforma em que se atualizaram a fraude contra credores e a anulabilidade, para colocá-las em harmonia com a Teoria da Confiança.

Podemos fazer isso, na aplicação da lei brasileira, através de uma interpretação sistemática, descobrindo a ideologia do Código, o seu sistema, para dizer que agora anulado um ato, as pessoas envolvidas nele serão recompostas **in natura** se os bens existirem na posse dos contratantes. Entretanto, se os bens já não mais estiverem em poder daquele que deve repor, mas em poder de um terceiro de boa-fé, dar-se-á aplicação à cláusula final do artigo 182 do novo Código, que determina que sendo impossível a reposição, ocorrerá a indenização por perdas e danos. Essa é a consequência da Teoria da Confiança, que já vinha expressa na fraude contra credores, prevista no Código de 1916, em que havia uma mescla de teorias, e não havia um sistema coerente, obviamente, porque os defeitos do ato jurídico nem sempre seguiam os mesmos critérios filosóficos.

Assim, na fraude contra credores, em 1916, se o bem tivesse sido transferido a terceiro de boa-fé (subadquirente), resolvia-se em equivalência econômica; este nunca tinha que devolver se comprou de boa-fé. Esse sistema tem que ser generalizado no Código atual para que tudo possa funcionar em harmonia. Não pode valer uma teoria e depois outra, sob pena de o Código padecer do gravíssimo defeito da incoerência, da tergiversação. E não é isso que acredito que os autores tenham querido fazer quando esboçaram e projetaram este Código.

E não é preciso violar a letra do código para adotar a Teoria da Confiança na anulação do negócio jurídico, pois está disposto que as partes serão repostas no estado anterior e não sendo isso possível, através de perdas e danos (art. 182). Então é só entender esta parte final

como regra que protege o terceiro de boa-fé. Isso também não repugna a nossa tradição, pois o direito é dialético, é tão vivo que não se comporta apenas nas palavras da lei. E há quantos anos ouvimos a jurisprudência dizer que o comprador do estelionatário, estando de boa-fé, não é obrigado a devolver? O estelionatário é aquele que pratica o dolo, vício de consentimento, que é uma das causas do ato anulável. No entanto, há mais de cinquenta anos, o Supremo Tribunal Federal e todos os Tribunais, quando se deparavam com o estelionato, protegiam o terceiro de boa-fé. O raciocínio era simplesmente no sentido de que a propriedade do bem fora transmitida para o estelionatário, (se o ato não é nulo, a transmissão ocorreu). Se não se anulou, no momento da subalienação, dono era o estelionatário e o terceiro de boa-fé teria comprado do dono. Entre o prejuízo da vítima do estelionato e o do comprador de boa-fé, protegia-se o comprador de boa-fé dentro da Teoria da Confiança, pois ele comprou de quem era dono. E se fez dono por tradição, operada pelo antigo proprietário que foi a vítima do estelionato.

Se isso era possível de se fazer no Código anterior, onde a doutrina predominantemente exigia a reposição **status quo ante** para a anulação, agora, então, com muito mais razão, pois em todos os vícios de consentimento, o Código atual prestigia o terceiro de boa-fé. Uma vez que se prestigia o próprio contratante que negocia com o que erra, com o que é vítima do dolo ou da coação, por que não proteger o estranho, que não teve nem sequer condição de saber como esse bem chegou ao proprietário atual? A boa-fé dele está mais distante do ilícito, menos propícia a revelar a origem ilícita do que aquele que está contratando diretamente com o coacto. Se no contrato com o coacto, o contratante é considerado de boa-fé, quando ignora a pressão, e para ele o negócio vale, por que não valerá para o subadquirente? Esse é um ponto que reputo importantíssimo. E o primeiro livro que vi editado depois

da publicação do novo Código foi o do Prof. Zeno Veloso, do Pará, a quem aplaudi por ter chegado à conclusão que se acaba de expor. Não li todo o livro, mas sua conclusão é de que se tem que proteger o terceiro de boa-fé, mesmo havendo anulabilidade no negócio precedente.

7. Novos defeitos dos negócios jurídicos

Vou abordar muito rápido o estado de perigo e a lesão, pois não dá para expor, no pequeno tempo de que disponho, toda a teoria acerca dessas duas figuras novas. Contudo, vou indicar, em pinceladas rápidas, o que são essas “novidades”, que, na verdade, são novidades somente dentro do código, porque o nosso direito já convivía com elas sob outros rótulos, outras vestimentas.

O estado de perigo e a lesão já vêm do Direito Romano. Não há novidade alguma, são antigüíssimas. São formas de repressão à usura, ao negócio usurário. Não a usura que estamos acostumados a ver a todo momento, que é pecuniária. Essa usura de cobrar juros altos é uma forma de usura, mas existe uma outra forma que foi forjada, foi engendrada pelo Direito Romano, que era a chamada usura real.

A usura real é aquela formada pelo desequilíbrio das prestações dentro do contrato comutativo. Essa figura, que foi lembrada na época de Clóvis Beviláqua redigir o seu projeto, foi repelida por ele ao argumento de que o positivismo, o direito científico de então, não tolerava mais essa figura anacrônica, porque era baseada em princípios morais e não em princípios jurídicos.

Aquela época se queria romper totalmente com as raízes éticas e manter o direito só no que era positivo, só naquilo que pudesse ser resumido em uma equação quase matemática, na qual não havia lugar para entrar em terreno subjetivo, como o da repressão à usura real, que, entretanto, nunca se conseguiu abolir totalmente porque pouco tempo depois de vigência do antigo código vie-

ram as leis de proteção ao locatário, às vítimas da usura financeira, ao tabelamento e à taxação dos juros, à incriminação da usura. Até que veio a existir a Lei dos Crimes Contra a Economia Popular, que era uma lei penal mas que, ao prever para a usura real uma pena, dispunha também que o juiz tinha, depois de punir criminalmente, que anular a cláusula, e recompor as partes, eliminando do contrato a usura nele contida.

Então, o Prof. Caio Mário escreveu uma tese magnífica, a partir da Lei Penal, para dizer que o Direito Civil Brasileiro também continuava a manter o instituto da lesão, pois indiretamente o efeito da lesão penal, do crime contra a economia popular, era permitir a anulação do negócio civil em que o delito teria ocorrido. Mas, tudo que não está diretamente na lei é difícil de “pegar”. Então não “pegou” praticamente nos Tribunais e nem os advogados exploraram muito essa usura real a partir da Lei de Economia Popular.

Na doutrina, preferiu-se, de certa maneira, encaminhar esse fenômeno para a coação. Pontes de Miranda, entre outros, escreveu que abusar da necessidade de outrem para obter um negócio usurário era uma forma de pressão moral equiparada à coação. E, portanto, esse fenômeno poderia, perfeitamente, ser enquadrado como vício de consentimento. Vários outros autores admitiram isso. Se não me falha a memória, o Professor Sylvio Rodrigues, em seu livro **Vícios de Consentimento** faz esta equiparação. E em muitos arestos e acórdãos conseguiu-se anular atos usurários invocando a Teoria da Coação, porque a coação sempre existiu no Direito positivo, como caso de anulabilidade. Então, o juiz ou o Tribunal, sob sua invocação, não se sentia tão incômodo para anular. Mas quando se falava diretamente na lesão, o Supremo Tribunal Federal chegou a proclamar que a lesão fora banida intencionalmente do Direito Brasileiro e que, portanto, seria carecedor de ação aquele que batesse

às portas da Justiça para pedir a aplicação de um instituto caduco e desprezado pelo ordenamento positivo. Não precisava de ir a tanto, afinal o direito não está só na literalidade das leis escritas, mas está muito mais nos princípios e na sistematização das normas escritas, e pode ser localizado mesmo sem texto expresso, procurando descobrir o seu sistema, a sua ideologia, o seu pensamento sistemático.

Então temos essas duas figuras novas - o estado de perigo e a lesão - para o Código Civil brasileiro, mas que já figuravam no Código português e no italiano. E seguimos basicamente a estrutura do Código Italiano. Qual a diferença do estado de perigo e da lesão? As duas figuras são espécies do negócio usurário, do negócio desequilibrado no tocante às prestações que deveriam ser comutativas. A diferença é a seguinte: o estado de perigo é aquele que se manifesta pelo risco de vida, um risco grave corrido pela própria pessoa ou por alguém próximo a ela. Então aquele que vai contratar, oferece uma vantagem para salvar o que está em perigo, mas não tem condição de medir a proporção entre o bem que lhe é proporcionado e o preço que tem de pagar por ele. Age pressionado pelo estado de necessidade, em que o bem em risco é a vida humana e, portanto, pode se tratar com mais liberdade e com mais facilidade o estado de perigo do que a lesão propriamente dita. Nesta última figura, que também é de estado de necessidade, o risco existente é apenas econômico e não, pessoal.

A lesão vai se passar no negócio puramente patrimonial. É ainda um estado de necessidade, mas um estado de necessidade econômico. A vítima da lesão é aquele que precisa de dinheiro e, para isso, se submete a uma venda, por exemplo, de um bem a baixíssimo custo ou a aquisição de um bem com excesso de ônus para se sair de uma situação de carência econômica. Então, na raiz, os dois fenômenos são iguais, são variantes do estado de necessidade. Aquele mesmo estado de necessidade que existe no Direito Penal. Só que aqui a víti-

ma é a própria pessoa que está no estado de necessidade, que sacrifica não o bem alheio, mas o bem próprio. Ele sacrifica o seu próprio patrimônio, os seus próprios bens para se furtar de uma emergência grave que o esteja a preocupar.

A censurabilidade dessas duas modalidades de vícios de consentimento está no aproveitamento daquele que faz o negócio vantajoso. Então, o co-contratante se aproveita da dificuldade do outro parceiro do negócio para ajustar o contrato em bases iníquas. Aqui está em jogo o princípio da eticidade, função social do contrato. O Código do Consumidor já havia percebido isso e já havia colocado, sem nenhuma perfeição conceitual, a possibilidade de o consumidor anular ou desfazer o contrato por desequilíbrio grave dentro do negócio de consumo. É a lesão, agora sistematizada regularmente com todos os requisitos, com todos os detalhes, pelo código novo.

8. Anulabilidade e rescindibilidade do negócio usurário

Mas aqui temos um tema polêmico - a inclusão da lesão e do estado de perigo dentro dos vícios de consentimento, dentro dos defeitos de vontade. No Direito europeu, de uma maneira geral, essas duas figuras não estão no capítulo dos defeitos do negócio jurídico, mas em um outro capítulo que se chama "Da Rescindibilidade". Tem-se, no Direito europeu, a nulidade, a anulabilidade, a rescindibilidade e a ineficácia. São capítulos diferentes do Código Civil italiano, por exemplo. E a explicação para os defensores dessa corrente do Código Italiano é que o estado de perigo e a lesão não estariam dentro dos elementos propriamente ditos do contrato, mas em uma força exterior que influiria nos efeitos do contrato ou no modo de contratar.

Foi discutido, no debate do Congresso, em torno do nosso projeto, se estaria correto insistir em inserir a lesão e o estado de perigo dentro dos vícios de consentimento ou se deveria ser

seguido o modelo italiano, tratando como um novo tipo de patologia do negócio. A comissão revisora, pela palavra do Ministro Moreira Alves, respondeu que a escolha do tratamento unitário foi intencional e preocupada com a eficácia prática já que, no modo de ver da comissão, não haveria utilidade em distribuírem-se os defeitos por vários seguimentos sem que isso tivesse efeito prático, o que poderia só complicar a doutrina. Para justificar essa posição, usou-se a própria doutrina italiana posterior ao código. Os mais modernos autores italianos fazem críticas ao invés de elogiar o código por ter tratado separadamente a lesão dos outros vícios do negócio jurídico. Não é seguro e é muito difícil de explicar, quando uma pessoa é pressionada por uma necessidade, que o efeito não esteja na vontade, que esse seja um vício externo. Na verdade, ele está dentro da vontade. Exatamente como ocorre quando alguém é vítima de dolo.

O dolo também é uma força exterior que vem para simular uma situação, para induzir em erro o contratante. No entanto, é tradicionalíssimo o tratamento do dolo como vício de consentimento, pois o vício de consentimento se caracteriza por defeito em dois elementos: liberdade e consciência. A vontade perfeita é aquela que é livre e consciente. No erro o agente tem liberdade, mas não tem consciência. No dolo tem liberdade, mas também não tem consciência. Na coação tem consciência, mas não tem liberdade. Então, os dois elementos que formam a teoria dos defeitos de vontade estão ligados à **liberdade** e à **consciência**.

Ora, na lesão e no estado de perigo, se não há inconsciência, porque a pessoa acaba decidindo mesmo por aquilo que declara, mas não há liberdade perfeita, porque quem está premido para salvar a própria vida ou a vida de um ente querido, que liberdade tem de recusar a atender a exigência exorbitante daquele que se aproveita da sua penúria? Da mesma maneira, o outro que

está, por exemplo, com um pedido de falência no fórum e contrata a venda da sua casa por um preço irrisório, que liberdade ele teve de recusar a venda naquela circunstância ruínosa se, sem o negócio lesivo, ele teria a falência decretada em horas ou em dias?

Então, parece-me que a Comissão revisora andou correto, colocando tudo na mesma vala. Porque, afinal de contas, como dizem autores como Massimo Bianca, por exemplo, não há diferença alguma de resultados, de efeitos, no direito italiano, entre a rescisão e a anulação. O efeito é justamente o mesmo, ou seja, é recompor as partes recolocando-as no **status quo ante**. Se é esse o efeito, o que importa dizer que um é anulação e o outro é rescisão? Então, apresenta-se a distinção mais como um capricho acadêmico, doutrinário sustentar a diferença adotada pelo Código italiano.

Acho que até agora consegui dar uma visão das grandes novidades ou das grandes linhas do tratamento dos vícios de consentimento, dos defeitos do negócio jurídico do novo código.

Agradeço muito a atenção dos senhores e me ponho à disposição para o debate.

DEBATES

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Professor, eu teria muitas dúvidas, mas entre todas, existem algumas que me afligem mais; já formulei essa questão e a estou formulando a todos os palestrantes que aqui vêm. Gostaria de contar com a sua participação. O artigo 159 do Código Civil atual, o de 1916, dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Esse dispositivo, que a meu juízo, continha os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, porque dizia: “por negligência, ou imprudência (...)”, daí o elemento culpa, foi agora redigido de for-

ma diferente e passou a ser o conceito de ato ilícito. Agora o artigo 186 do Novo Código, que corresponde ao 159, dispõe o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (...)”, eis aí a culpa “(...) violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (...)” e aqui fica a minha crítica, porque é o único lugar do Código em que se fala em dano moral, pois acho que esqueceram e emendaram. Hoje o dano moral tem uma repercussão enorme. Mas ainda que exclusivamente moral, aí vem a minha questão: “(...) comete ato ilícito (...)”. Isso equivale dizer que o artigo 186, hoje, é um conceito legal de ato ilícito e nesse conceito legal está, como elemento constitutivo do ato ilícito, a culpa.

Então, professor, como é que ficamos na responsabilidade objetiva, onde não há culpa? Na responsabilidade objetiva não teremos como seu fato gerador o ato ilícito, ou esse conceito é um conceito restrito à responsabilidade subjetiva? Não sei se Vossa Excelência já enfrentou isso.

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Não cheguei a esse assunto, mas estou pensando nele há muito tempo. Penso da seguinte maneira: o Código, fiel às tradições, assenta a responsabilidade civil na culpa, mas o faz em regra. Então, o normal é que para se responder civilmente, o ato ilícito seja praticado com culpa. Mas, a responsabilidade civil não provém só do ato ilícito, ela tem outras fontes e então, quando couber a Teoria do Risco, ela vem pela norma especial, e não pela norma geral, que a preveja, de forma a dispensar a ilicitude da conduta, que é o que acontece com o Poder Público, que constitucionalmente é obrigado a reparar qualquer prejuízo do cidadão, independentemente de culpa, se o prejuízo advém do exercício de qualquer obra pública. A conciliação *prima facie* que faço é essa: aqui se está propriamente configurando o que é ato ilícito. Então, havendo culpa, o ato é sempre ilícito, não havendo

culpa, é preciso haver alguma lei especial, algum dispositivo que preveja a responsabilidade objetiva.

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Ainda prosseguindo com as minhas dúvidas, o estado de perigo não seria de certa forma uma situação de coação? Porque se configura o estado de perigo quando alguém, premido por necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família etc. está ali sob grave ameaça. Não seria uma situação de coação que já estaria incluída lá?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Essa situação foi detectada por Pontes de Miranda, justamente porque o nosso código anterior não tinha nenhuma figura típica para o caso; então ele considerava como forma de coação o contratante aproveitar-se da deficiência, da pressão exterior sofrida pelo co-contratante. Mas o que se procurou fazer, nas pegadas do Código Italiano, foi especializar a figura. Isso porque em vez de ficar implícita, poder-se-ia dar um tratamento mais específico para esse tipo. Assim se evitaria a discussão que era feita no código anterior. Por exemplo, perdi uma causa enorme em Brasília porque a juíza declarou textualmente que ninguém havia ameaçado. Logo se ninguém ameaçou, arruinou, não houve coação, porque a firma não estava em risco por pressão econômica do outro contratante. Expuz toda a teoria baseada em Pontes de Miranda e nos autores franceses e alemães para provar que a coação pode vir de força estranha, não precisa vir do segundo contratante. Bastava que este tivesse se aproveitado disso e foi tipicamente o que aconteceu. A firma mais fraca, contratando com uma firma poderosa, foi se arruinando pelo próprio contrato e em um determinado momento tinha vários protestos e pedidos de falência se acumulando, até que o contratante poderoso quis “passar de bonzinho” e propôs quitar as relações contratuais, mediante pagamento dos tí-

tulos em protesto, cujo valor era muito menor do que o direito do credor em dificuldades. A coação, dessa maneira, foi feita até o último momento, conscientemente. E a juíza de Brasília disse que não estava vendo nos autos prova de coação alguma feita pela outra parte, pelo simples fato de não ter partido dela ameaça alguma contra a credora.

É para esse tipo de argumento primário e irracional que o Código teve a preocupação de dizer que existe estado de perigo e lesão e que pode haver a anulação. É uma coação sem ameaça. Assim sendo, a coação agora ficou realmente como a juíza de Brasília queria, ou seja, só há coação quando há ameaça, o que agora está na definição legal. Quando é indireta, temos que ir para outras figuras, que é a lesão ou o estado de perigo.

Desembargador Sergio Cavaliere Filho

Professor, vejo alguns avanços positivos, até de ordem técnica no novo Código. Todos nós temos uma grande dificuldade no Código atual de fazer distinção entre rescisão, rescisão e resolução. Agora, estou observando que este código é técnico, por exemplo, no artigo 473, está disposto que a rescisão unilateral nos contratos etc. E depois quando chega à resolução por onerosidade excessiva, dispõe o artigo 478 que “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, (...)” podendo, portanto, resolver (na resolução) e fala também nos casos de rescisão. Então, o Código faz uma distinção entre rescisão, resolução e rescisão. Contudo não é essa questão que gostaria de levantar para Vossa Excelência, mas sim a seguinte: dispõe o artigo 478: “*Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*”. 1)Essa situação de onerosidade excessiva é uma forma ou é a mesma coisa

da lesão? 2)Esta situação é aquela mesma que está no Código do Consumidor no artigo 6º, inciso VII ou VIII, que permite ao juiz rever o contrato em situação de extrema onerosidade. Nesse caso é a mesma situação que está lá ou aqui tem alguma peculiaridade?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Ainda não fiz uma análise mais profunda dessa questão, mas geneticamente o fenômeno é o mesmo. O que se nota é que no Código do Consumidor houve uma abertura maior, uma preocupação protetiva da parte frágil, então não se falou na quebra do equilíbrio. O que, aliás, só o Código do Consumidor Brasileiro fala isso. No mundo inteiro, a Teoria da Imprevisão é teoria baseada no desequilíbrio das prestações, e não só no interesse unilateral de um dos contratantes, porque o contrato é uma forma de solução de riscos, e todo contrato tem risco. O risco de uma pessoa quebrar, de não dar certo o contrato é normal, faz parte do jogo econômico. Se o contratante não tivesse que assumir o risco, não precisaria de contrato. O contrato, no mundo inteiro, é primeiro um fenômeno econômico e não jurídico. O jurídico vem depois, quando o econômico já existe, já está operando, então o jurídico vem para aparar alguns excessos e traçar alguns rumos, mas o fenômeno é econômico. Então, o fenômeno econômico está na raiz do contrato. Não pode o legislador, mais uma vez, ir contra a natureza da coisa, dizer que tem contrato e que o contrato não vale, ou que uma parte pode, simplesmente, ignorar o contrato, isso é dizer que o contrato é nada jurídico. Sendo assim, no Código do Consumidor, que não é um código de Direito Privado, que não é uma sistematização do Direito Contratual, mas sim uma sistematização dos meios de defesa do consumidor, pois o que está regulado no código é apenas a defesa. Os Institutos são materiais, não são por ele disciplinados ou são lembrados apenas rapidamente.

Sendo assim, não se pode fazer do Código do Consumidor uma fonte de construção das figuras jurídicas dos contratos, dos tipos, dos defeitos. Quem tem essa função são as leis que regulam os contratos, as leis que regulam a sociedade, as leis que regulam o fenômeno econômico básico. Então, aqui há diferenças, se formos ler literalmente o Código do Consumidor. Mas indago: estaria realmente na intenção do legislador, quando baixou o Código do Consumidor, fragilizar totalmente a estrutura do contrato a tal ponto que bastaria o consumidor dizer que está em dificuldades para cumpri-lo e que ele está liberado. Isso me repugna, sob o ponto de vista da essência da figura do contrato.

A figura do contrato está ligada a um estado em que o patrimônio é visto como elemento integrante dos direitos fundamentais. Portanto, não se pode espoliar patrimônio de ninguém através de interpretação ou de leis protetivas. Toda vez que se cometer isso, ofender-se-á a Constituição, não o Código Civil nem o Código do Consumidor. Estou divagando muito para dizer que, no mundo inteiro, há Teoria da Imprevisão ou a Teoria da Base Contratual. Os consumeiristas querem dizer é que o Código do Consumidor não adotou a Teoria da Imprevisão, mas a da Base.

A Teoria da Base não é uma teoria em si, é um modo de explicar a Teoria da Imprevisão. Todo mundo sabe que se tem que rever o contrato desequilibrado; então vieram várias teorias: teoria da boa-fé, teoria da base etc. Mas tudo é o mesmo fenômeno e todas elas fazem referência ao equilíbrio, de maneira que não é uma parte unilateralmente que vai definir o desequilíbrio do contrato. O desequilíbrio tem que ser para as duas. O prejuízo de um tem que ser o lucro do outro, pois aí sim o contrato está desequilibrado. Agora, se uma parte toma apenas prejuízo, aquele é o risco do contrato que foi justamente assumido. Se eu firmei um contrato para pagar dez prestações, tenho que arranjar o dinhei-

ro para isso. Não posso devolver as coisas já usadas porque perdi o emprego. Isso seria a negação de um estado de direito, a negação da figura contratual, data ***maxima venia***.

Então, não há grande diferença entre o Código do Consumidor e o Código Civil novo, porque se formos observar lá nas cláusulas abusivas quando se define desequilíbrio, está se fazendo comparação entre lucro excessivo e prejuízo. Aqui no inciso inicial está-se anunciando, ideologicamente, um princípio no sentido de que não deve haver lesão dentro do contrato. Contudo não se tem, nesses dispositivos, quais são os requisitos da lesão, pois o código não estava simplesmente regulando os vícios de consentimento, os defeitos do ato jurídico. Está-se lembrando que o Código do Consumidor não pode tolerar a lesão, mas esta já existia anteriormente, pois estava definida na Lei de Economia Popular, que estabelece que a lesão acontece quando há uma diferença de vinte e cinco por cento entre uma prestação e outra. Sendo assim, é muito pior do que a do Código atual, pois era tarifada, quer dizer o Direito Brasileiro não ignorava a lesão, e mais ainda, tarifava a lesão, a exemplo do que acontecia no Direito Romano. Agora o novo Código Civil veio liberalizar a lesão, pois ficou a critério do juiz verificar, pela experiência da vida, se há um desequilíbrio grave e sério entre as prestações. Então esse é mais um dos exemplos da Teoria da Confiança. É preciso, então, verificar se, pela aparência do negócio, ele foi bem ou mal feito, se houve ou não alguma esperteza no negócio, se houve abuso ou não, aproveitamento de situação de uma parte mais débil. É aí que está o terreno próprio para aplicar o Código do Consumidor e não pelas dificuldades da vida que são posteriores ao negócio de consumo, é pela raiz do negócio. Se na raiz do negócio houve aproveitamento do poder maior de fogo do fornecedor sobre o comprador, esse contrato está viciado, esse contrato cometeu lesão.

Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes

A ineficácia e a fraude contra credores foram temas muito estudados entre nós com profundidade pelo saudoso Desembargador Bulhões de Carvalho, como também, em São Paulo, objeto de uma tese do Prof. Antônio Junqueira de Azevedo. Ambos tentam mostrar que o conceito de ineficácia, oriundo do Direito germânico, do Direito tedesco, visa, exatamente, a permitir que o ato jurídico eventualmente venha a surtir os efeitos de que ele seria privado por falta de um fator que lhe é externo. Vossa Excelência exemplificou muito bem uma condição suspensiva, a ratificação do mandante de atos praticados pelo mandatário sem poderes e assim por diante. Quer dizer, verificando-se aquele fator externo superveniente, o ato deflagra os efeitos que até então não havia produzido.

No tocante à fraude, indagaria a Vossa Excelência o seguinte: na Lei de Falências, a ação revocatória que pode ser proposta quando é praticado um daqueles atos discriminados no termo legal por período suspeito da falência, ela tem por fim trazer à massa aqueles bens que foram objetos daqueles atos, uma vez até (hipoteticamente, pois é muito difícil na prática) que cesse o estado falimentar, os atos voltam a produzir tranqüilamente os seus efeitos. Bom, mas na fraude contra os credores, indagaria a Vossa Excelência, para que o ato voltasse a produzir efeitos talvez fosse preciso que o patrimônio do devedor, que se tornou insolvente, voltasse novamente a ter um superávit e não fosse mais insolvente. Então, veja bem, Vossa Excelência, a se ter como ineficaz o ato praticado em fraude contra os credores, de que modo esse ato poderia surtir efeitos se é um fator que independe do credor e se do próprio devedor? Não seria esta a razão pela qual, eventualmente, o código teria preferido escrevê-lo dentro dos atos anuláveis?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

A observação é pertinente, inteligente, mas não há necessidade de imaginar que a fraude acarrete um resultado único e removível porque ao se reconhecer que houve a fraude, ou seja, que um é insolvente e o outro agiu de má-fé, comprando a insolvência, nem por isso se quer dizer que esse bem jamais ficará liberado do processo executivo. O que pode e acontece freqüentemente é que esse bem vale mais do que a execução. Ele ficou insolvente porque vendeu, mas se o bem voltar e for levado à praça, de quem será o saldo? O negócio subjacente voltará a produzir efeitos, pois o saldo é do comprador e não do vendedor. Se fosse anulado o ato, o fraudulento alienante, ficaria com o troco, o que repugnaria o próprio Código, que afirma que o benefício - vantagem da anulação - não reverte para o alienante, mas para o monte. Se o monte não precisar daquele bem, não irá se beneficiar da eficácia do negócio que voltou a operar, pois não era nulo nem anulável, era um negócio que continuava válido entre as partes primitivas, não produzindo efeitos somente em relação aos credores.

Vejamos uma hipótese, que não é rara, em que uma pessoa receba a herança logo após, ou que a dívida, daquele que promoveu a ação pauliana, incorra em prescrição (ele ficou litigando na ação pauliana e esqueceu de promover a interrupção da prescrição). É vencedor na ação pauliana, mas, no momento de penhorar, o bem não possui mais o crédito. Como fica a sentença pauliana? Não muda nada, ela simplesmente declarou que é possível a penhora, que somente não ocorre em razão de não mais existir o crédito. Logo, a validade e a eficácia do negócio *inter partes* é plena.

Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes

Foi tão bela e profunda a conferência do Professor que considero útil,

à guisa de orientação para os magistrados: o senhor abordou muito a concepção do negócio jurídico fundado na vontade declarada muito mais do que na intenção. É a antiga dicotomia entre a **vires theorie** e a **clericus theorie**, do direito tedesco. O professor mostra, baseado nos conceitos de Cariotta Ferrara, que prevalece a teoria da responsabilidade da conduta; vale dizer, o ato somente vai ser anulado se houver uma conduta, que induza a outra parte a tanto, o que leva, em última análise, a uma proteção ampla do terceiro de boa-fé que tome contato com aquele ato.

O Código Civil português adotou inteiramente, e o Professor também ponderou, essa concepção, através da teoria de Emilio Betti, a da impressão do ato jurídico. Prevalece, então, a confiança daquele que tomou conhecimento do ato em função dos seus precisos termos.

Indago, então, ao Professor se no Direito brasileiro poderíamos fazer uma aplicação tão extensa dessa concepção na medida em que, por exemplo, entre nós, a propriedade de bens imóveis somente se transfere com o registro. Quanto aos bens móveis, a tradição é sempre causal (entre nós, o saudoso Desembargador Basileu Ribeiro Filho sustentava que no Direito brasileiro se acolhia o princípio "*En fait le maître c'est un beau titre*", que era uma forma de se resguardar o terceiro de boa-fé). Entre nós, o silêncio produz efeitos como declaração de vontade, e o Código prevê, por outro lado, que o falso motivo, quando constante do ato, permite a sua invalidação. Como conciliar tudo isso com a proteção tão extensa ao terceiro de boa-fé?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Qualquer diploma legal revela pela pesquisa uma filosofia, um rumo, um sistema, que muitas vezes é diverso do que uma regra separada indicaria. Então, creio que a técnica de hermenêutica ou de interpretação deva partir mais do sis-

tema do que da literalidade de textos ou artigos isolados. Todo artigo, se isolado, pode ter vários sentidos, conforme o exegeta trabalhe o dispositivo. No caso da anulação, em que aparentemente o legislador está prestigiando a vontade (a teoria do retorno ao **status quo ante**, da eficácia plena da sentença), o próprio artigo faz a ressalva final: "salvo se isso for impossível, caso em que se pagará através de perdas e danos". Contudo, quando será "impossível", o interprete é quem deverá dizer, já que o legislador não o fez. Haverá essa impossibilidade quando um código estiver comprometido com a teoria da segurança, e ao se dar um sentido literal a esta, houver conflito com a teoria da confiança. Se concluo que a teoria da confiança é dominante no sistema, então toda a dúvida será resolvida tendo-a por base e não pela sua negação. No Código anterior não tínhamos a predominância de uma teoria sobre a outra. O legislador optava por uma ou outra, dependendo do caso concreto. Entretanto, agora, com uma leitura mais aprofundada do código atual, descobrimos que há um rumo no que concerne a esse tema e que está presente na maioria dos dispositivos, ora expresso, ora subentendido.

Lembro-me de uma construção doutrinária e jurisprudencial do código anterior sobre o herdeiro aparente. Há um trabalho que foi tese de concurso sobre o tema, há 30 anos. Essa tese partia do princípio de que, quando uma quantidade grande de artigos volta sempre a um mesmo fundamento, mesmo que o legislador não formule a regra geral, esta pode ser extraída do sistema. Segundo essa tese, a proteção do terceiro em face da aparência era uma constante, dentro do Código de 1916. Era possível, então, formular uma conclusão: onde a aparência fosse grande e invencível para a pessoa de boa-fé, ela deveria prevalecer sobre a realidade. Foi o que o Supremo Tribunal Federal passou a decidir em relação aos inventários anulados por exclusão de herdeiros ou aparecimento de novos herdeiros, entendendo que a anulação de inventário nunca iria a ponto de prejudicar

os terceiros que compraram o imóvel com base nos formais de partilha homologados e transitados em julgado, porque para estes era invencível a aparência e a descoberta da falta de qualidade de herdeiro e daquela pessoa que lhe vendeu o imóvel.

Desembargador Carlos Raimundo

Eminente Professor. Gostaria de formular duas indagações que se devem muito mais à minha curiosidade do que à falta de clareza da sua exposição, muito embora V. Exa. tenha dito que tratava a matéria de forma superficial.

Gostaria de voltar à questão da fraude. Quando se fala em fraude contra credores, normalmente nos lembramos sempre da ineficácia do negócio jurídico relativo à transmissão de bens imóveis. Entretanto, no artigo 159 do Código que irá entrar em vigor, há uma disposição que considera igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Porém, em matéria de contratos, no meu entender, o Código novo traz duas inovações bastante interessantes, que são nos artigos 421 e 422, a subordinação da vontade de contratar aos limites da função social do contrato, vale dizer, reconhece ao contrato essa função. Por outro lado, o artigo 422 do novo Código Civil obriga os contratantes a observarem na celebração do negócio os princípios da probidade e da boa-fé.

Indago, então, a V. Exa., diante do artigo 159 do novo Código Civil, que trata da ineficácia dos contratos onerosos, se seria possível conciliar esses princípios e preservar a eficácia de contratos onerosos celebrados pelo credor insolvente, ainda que notória a insolvência, se a função social do contrato e a boa-fé do contratante recomendassem essa preservação?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Acho que o legislador, quando cogitou da fraude e da repressão, embora

muito antes da sistematização e da adoção desses conceitos de função social, estava justamente sistematizando a função social do contrato. Por que se nega eficácia ao contrato que tem todos os elementos de validade, que é oneroso, cujo preço foi pago pelo adquirente perante os credores do devedor insolvente? É justamente porque esse contrato, como foi praticado, sem vício algum de estrutura ou formação, não estava cumprindo naquele momento a sua função social, porque estava prejudicando a garantia do sistema, que é o de fazer com que o devedor cumpra a seu tempo as obrigações assumidas e, se não cumprir, que o seu patrimônio responda pelas obrigações contraídas.

Não vejo nenhuma antinomia entre esses dispositivos. O que se tem feito é uma ampliação dos conceitos e dos princípios de modo a explicitá-los, a torná-los genéricos e não mais limitados a um ou outro ponto do código. Então, quando se afirma que o contrato deve ter uma função social, o que se quer dizer é que todos os contratos, em todas as circunstâncias, devem atender a esse requisito. Mas já existiam funções sociais anteriormente reconhecidas em casos específicos como esse da fraude, porque toda a teoria da fraude é baseada na preservação da garantia patrimonial, da garantia dos credores. Isso nada mais é senão o respeito exigido pela sociedade, dos terceiros, que não podem participar daquele contrato de alienação, não podem impedi-lo propriamente, pois não são donos do bem, nem intervenientes no contrato, mas que vão sofrer consequências econômicas e sociais do contrato no modo em que este foi praticado. Que tipo de repressão a lei pode fazer? Pode anular, reverter ou mudar a estrutura. No caso, a repressão que se entendeu fazer desde Roma foi o fenômeno de ineficácia, ou seja, preservar a garantia patrimonial mesmo diante da transferência dominial do patrimônio do insolvente.

Desembargador Carlos Raimundo

A segunda indagação refere-se à lesão, que San Tiago Dantas, antes da vigência da Lei de Economia Popular dizia que tinha sido excluída do Direito positivo, mas, afirmava premonitoriamente, que voltaria um dia (parece que antevia o Código novo). Gostaria de voltar à lesão superveniente, já analisada por V. Exa., e que o Código novo trata nos artigos 478 e 479. Nessas hipóteses de prestação continuada, em que a lesão ocorre posteriormente à celebração do contrato, ou melhor, na sua execução, nos casos onde há a alteração das condições de cumprimento do contrato nas relações de consumo. O Código do Consumidor diz que é direito do consumidor a revisão do contrato. Logo, o Código de Defesa do Consumidor privilegia a manutenção e a preservação do contrato, com a revisão dos seus termos, e que, como é direito do consumidor, entende-se que o juiz possa compulsoriamente determinar a modificação dos termos do contrato. Quando se trata de contrato que não seja o de consumo, o Código prevê a possibilidade dessa revisão no artigo 479, quando diz que a resolução poderá ser evitada oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. À visão do Código, essa preservação do contrato com a modificação das suas cláusulas somente é possível se o outro contratante anuir. Indago se poderia, numa demanda, o juiz modificar compulsoriamente as condições do contrato para preservá-lo, atendendo a pedido formulado pelo autor, adequando-o às novas condições de fato da execução da prestação?

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Essa é uma questão relevante. O Código do Consumidor fala em rever, no caso de lesão ou fato superveniente, embora não fale em fatos previsíveis. O Código Civil fala em resolução, em resolver, e agora o Eminentíssimo Desembargador fez esse adendo, embora o artigo 479 do novo Código estabeleça que o juiz pode evitar a resolução oferecendo

algo diferente. Então, não se resolve, isso seria uma revisão do contrato.

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Essa é uma diferença sistemática, de estrutura dos dois códigos. Na previsão do Código do Consumidor se privilegia a revisão e como se trata de norma de ordem pública, o juiz pode fazer a revisão por requerimento da própria parte, que está sendo prejudicada. No sistema adotado no direito privado, o que vem em primeiro não é a revisão. A meu ver, se a relação não for a de consumo, a parte prejudicada pelo desequilíbrio terá que pedir o rompimento do contrato. A revisão é uma faculdade da outra parte. Pode não ter sido o melhor sistema, sendo, inclusive, criticado na Itália. A revisão deveria ser como determina o Código do Consumidor, uma exceção, adotada quando for impossível fazer a adequação, porque o contrato perde sua substância e deve-se buscar salvar o contrato sempre que possível. Nesse ponto, o novo Código Civil não está em um bom caminho. Fez bem ao adotar a teoria da **rebus sic stantibus**, que já era adotada pretorianamente. Entretanto, inverteu valores, conferindo, em primeiro lugar, o direito à resolução e não, à revisão. A boa exegese, todavia, poderá corrigir a impropriedade, privilegiando a revisão em lugar da rescisão.

Desembargador Décio Xavier Gama

A minha indagação se prende à posição do terceiro de boa-fé que se torna interessado em argüir a nulidade ou a anulabilidade do ato, porque realizado este com cláusula violadora de norma legal. Em sentido prático, a questão é a do terceiro que se torna condômino e verifica que a Convenção celebrada anteriormente afrontou a lei porque admite que um dos convenientes poderia utilizar com exclusividade a parte de uso comum, o terraço sobre o qual se eleva o telhado. A lei enumera partes comuns do prédio as escadas, as suas fundações,

o telhado etc. e declara que elas são insusceptíveis de uso exclusivo por um dos condôminos. Sobrevindo o terceiro adquirente da unidade pode ele arguir a nulidade da contratação entre os primitivos condôminos que permitiu a utilização exclusiva do telhado, de retirá-lo e ali construir uma piscina?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

A proposição chama atenção para uma diferença que deve ser feita **a priori**, entre o ato nulo e o anulável. A teoria da aparência, da confiança é desenvolvida no plano dos atos anuláveis. Quando o ato é nulo não pode ser transmitido o direito e a hipótese é de nulidade. “A” compra um direito que não pode ser exercido, é como se uma pessoa fizesse um contrato sobre a herança do seu pai, um contrato de negociação de efeito pós-morte, que é nulo de pleno direito, diz o Código. O que adianta um terceiro vir a adquirir do subadquirente. Haverá sempre a negociação de herança de pessoa viva. A boa-fé não chega a ponto de tornar válido o ato nulo. É preciso a existência de um mínimo de suporte para sustentar a validade. Então, a teoria da declaração está baseada no fato de que o negócio jurídico é a declaração, que tem o poder de criar o efeito que o declarante tem. Quando a declaração não corresponde a poder nenhum, é um nada jurídico. Um contrato cujo objeto é a contratação de uma pessoa para matar seu vizinho, pode ser cedido, passar por vários cessionários, mas será sempre um contrato de objeto ilícito. É

preciso fazer essa distinção, pois não é possível transmitir a ilicitude.

Pergunta do auditório

A fraude contra credores continua sendo, no novo Código Civil, um vício social? E a simulação, apesar de sua mudança, continua sendo considerada como tal?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

A fraude continua sendo considerada assim, porque não é vício de consentimento. Por isso se faz a censura ao Código de não a ter colocado no lugar adequado, pois ficou inserida entre os vícios de consentimento, e não o é. Já em relação à simulação, houve uma mudança de ordem técnica, porque sendo o negócio jurídico o produto da vontade, quando a vontade não quer aquilo que está declarado, estamos diante de um ato sem causa, que é nulo realmente, ou seja, não houve emissão de vontade eficiente para a produção de efeitos. A simulação é um ato entre duas partes de vontades convergentes, isto é, os dois sujeitos do negócio estão querendo que este não valha. Logo, se os dois não querem, o negócio não terá valor algum. A simulação preocupa-se em descobrir a verdade e não, a mentira – o negócio mentiroso não vale. Veremos, então, o que está por baixo da mentira, que poderá ser analisado como válido ou não, conforme se manifeste na forma e na substância em equação com o Direito. É realmente um caso de nulidade como vem sendo proclamado já no Direito italiano e no português. 